

El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento

Miguel Bustos Rubio

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad Internacional de La Rioja

BUSTOS RUBIO, Miguel. El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-08, pp. 1-32. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-08 (2017), 23 jul]

RESUMEN: El desistimiento de la tentativa ha generado numerosa literatura entre la doctrina y jurisprudencia penal. En este trabajo abordamos el estudio de dos aspectos concretos, íntimamente relacionados entre sí: por un lado, cuál es la naturaleza jurídica del desistimiento (lo que nos obliga a pronunciarnos sobre la propia naturaleza de la tentativa) y, por otro lado, el fundamento y razón de ser del mismo. Transitando por el estudio de las diferentes teorías patrocinadas por la doctrina, abogamos finalmente por una explicación de carácter ecléctico, pero primordialmente apoyada en la teoría de los fines de la pena.

PALABRAS CLAVE: Desistimiento, tentativa de delito, comportamientos postdelictivos, excusa absolutoria, causa de levantamiento de pena.

ABSTRACT: The renunciation of criminal purpose is a subject much discussed by the doctrine and the criminal jurisprudence in Spain. In this paper we study two important and interrelated themes: (1) what is the legal nature of the renunciation of criminal purpose? (this also obliges us to study the legal nature of the criminal attempt), and (2) what is the base of the renunciation of criminal purpose? Studying the different theses about it, we understand that the explanation must be mixed, but mainly supported in the theory of the purpose of the penalty.

KEYWORDS: Renunciation of criminal purpose, criminal attempt, acts after the crime, absolving excuse, nullification of penalty.

Fecha de publicación: 23 julio 2017

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA; a) Desistimiento como causa de atipicidad o elemento negativo del tipo; b) Desistimiento como excusa absolutoria; 3. EL FUNDAMENTO DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA; a) Teorías jurídicas; b) La teoría político-criminal del “puente de plata”; c) Teorías del perdón y teorías premiales; d) Teoría unitaria; e) Teoría de la antijuridicidad; f) Teoría de la compensación o disminución de la culpabilidad; g) Teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal; h) Teoría del interés de la víctima; i) Teoría de los fines de la pena: la falta de necesidad de pena; j) A modo de conclusión: una postura ecléctica desde el prisma de los fines de la pena.

1. INTRODUCCIÓN

Reza el art. 16-2 CP.: “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”. Cláusula ésta, la del desistimiento, que se encuentra en estrecha relación con la tentativa del art. 16-1 CP.: “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

La finalidad del presente trabajo es modesta (y doble): por un lado, pretendemos conocer cuál es la auténtica naturaleza jurídica del desistimiento de la tentativa (si bien ya el título de este trabajo es ilustrativo en lo que se refiere a nuestra posición al respecto), lo que inexcusablemente nos llevará también a pronunciarnos sobre la propia naturaleza de la tentativa. Por otro lado, y dado el anterior paso necesario, nos adentraremos en la exposición y estudio de las distintas tesis expuestas sobre el fundamento y razón de ser de esta institución en nuestro Derecho penal, presentando, también, las distintas críticas y antítesis manifestadas al respecto.

A lo largo de este trabajo nos posicionaremos sobre ambas cuestiones con un recurso a argumentaciones vertidas en la doctrina a lo largo del tiempo, que en ocasiones conviene volver a traer a colación en el debate dogmático, que en este caso no puede ser más prolijo, con el añadido de venir referido a una institución tan tradicional como discutida: el desistimiento en la tentativa de delito.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

Para poder conocer la verdadera esencia y razón de ser de la cláusula de desistimiento prevista para la tentativa en el apartado segundo del art. 16 CP., se hace absolutamente necesario analizar cuál es la naturaleza jurídica de esta institución, para lo cual resulta también ineludible abordar (siquiera sea en un par de párrafos) la exégesis sobre la naturaleza jurídica de la propia *tentativa* del art. 16-1 CP.

Partiremos aquí de la base de que la figura de la tentativa no es una concreta forma de aparición del delito sino más bien un auténtico delito en sí mismo considerado, al margen del que constituye el delito consumado (tesis, ésta, que hoy cuenta con bastantes partidarios)¹. Como expresa Mir Puig en relación a las fases

¹ Ampliamente sobre la naturaleza jurídica de la institución de la tentativa vid. MORENO – TORRES HERRERA, M. R.: *Tentativa de delito y delito irreal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 197 y ss. De manera más resumida vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 868 y ss. De manera específica: POLAINO

anteriores a la consumación del hecho “la punibilidad de alguna de dichas fases supone precisamente que no se produce la realización del tipo pretendido, sino un tipo de hecho distinto, al que por lo menos falla el resultado de la consumación”. Así, según el ejemplo recogido por el autor, “el tipo de la tentativa de asesinato no consiste [...] en matar, sino en limitarse a iniciar actos dirigidos a conseguirlo”². Partiendo de una ponderación de argumentos legales favorables y desfavorables respecto de la figura de la tentativa en el Código Penal de 1973, Mir Puig acaba concluyendo que existen razones suficientes para entender que “la tentativa y la frustración se hallan penadas por la Ley al mismo nivel y en el mismo sentido que los tipos legales de la Parte Especial”³. Más actualmente también se ha pronunciado en este sentido Polaino Navarrete: “con independencia de que se sostenga que la esencia del injusto (consumado o intentado) haya de ser la lesión o puesta en peligro [...], no puede desconocerse que el delito (consumado o intentado) constituye esencialmente una infracción jurídica, la defraudación de una expectativa, la desautorización de una norma, y por tanto se manifiesta como fenómeno desestabilizador de la constitución social. Y tal esquema, aplicable en su justa medida tanto al injusto del delito consumado como al injusto del delito intentado, se corresponde más claramente con la concepción autónoma de la tentativa en relación a la consumación. De este modo, la tentativa no es –desde el punto de vista normativo– un concepto derivado de la consumación. En pocas palabras: la tentativa no es una construcción subordinada normativamente a la consumación. A pesar de todas las distinciones y divisiones que puedan hacerse en el plano lógico y con fines explicativos y/o didácticos, ambos conceptos (tentativa y consumación) tienen autonomía el uno respecto del otro”⁴. En suma: la figura de la tentativa vendría a suponer, según nuestra concepción y la de estos autores, no ya una mera forma de aparición del delito al que viene referida, sino un auténtico delito autónomo.

Sentada esta postura (que, a pesar de hoy pueda considerarse mayoritaria, no es única en la doctrina y tiene algunos adversarios⁵), existen distintas concepciones sobre cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la cláusula de desistimiento prevista en el art. 16,2 CP. Desde entender que la misma supone un elemento negativo del tipo, hasta considerar que se trata de una excusa absolutoria, e incluso una

NAVARRETE, M.: “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico – penal de resultado”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 72, 2003, p. 71.

² MIR PUIG, S.: *Derecho penal parte general*, Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, p. 347. A mayor abundamiento Cfr.: MIR PUIG, S.: “Los términos ‘delito’ y ‘falta’ en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXVI, Fascículo II, mayo – agosto de 1973, pp. 349 y ss.

³ MIR PUIG, *Los términos “delito” y “falta” en el Código Penal*, cit., p. 357. Debe matizarse que actualmente su argumento sólo sería aplicable al supuesto de la tentativa, toda vez que la figura de la *frustración* ha desaparecido del Derecho penal vigente.

⁴ Vid.: POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura...* cit., p. 71.

⁵ Vid. por todos: MIR PUIG, *Los términos “delito” y “falta” en el Código Penal*, cit., p. 350 (notas al pie nº. 93, 94 y 94,a).

causa de levantamiento o exclusión de pena, la doctrina ha ofrecido muy diversos puntos de vista sobre esta cuestión⁶. Sin embargo, como señala Faraldo Cabana, existen básicamente dos concepciones dogmáticas del desistimiento: o bien entender que estamos ante una causa de atipicidad o elemento negativo del tipo penal, o bien considerar que se trata de una especie de excusa absolutoria o causa de levantamiento de la pena⁷.

a) Desistimiento como causa de atipicidad o elemento negativo del tipo

Tradicionalmente la doctrina penal española ha venido entendiendo que el desistimiento de la tentativa constituye un elemento negativo del tipo o causa de atipicidad de la misma⁸. Los autores que se sitúan paralelamente a esta doctrina basan su argumentación en criterios de tipo gramatical. Así, se alega que la institución del desistimiento ha estado tradicionalmente incluida en la propia definición de la figura de la tentativa, como parte misma de ésta; es decir: tradicionalmente el tipo de la tentativa exigía el *no desistimiento voluntario* del sujeto como requisito del mismo, por lo que este último tendría la naturaleza jurídica de elemento negativo del tipo o causa de atipicidad⁹. Y aunque tales afirmaciones se sostenían respecto de la antigua regulación de la tentativa, algunos autores hoy siguen manteniendo que, a pesar del cambio producido en la misma tras la aprobación del Código Penal de 1995, y pese a que ahora exista una regulación separada por apartados entre la figura de la tentativa y la del desistimiento (arts. 16-1 y 16-2 CP.), no obstante éste último seguiría conservando la naturaleza jurídica de elemento negativo del tipo¹⁰.

Uno de los primeros defensores de esta línea de pensamiento, Rodríguez Muñoz, entendió que de esta manera en la institución del desistimiento “no estamos ante una causa personal de exclusión de pena, sino ante una ausencia de antijuridicidad tipificada”¹¹. Más actualmente ha sido Pozuelo Pérez quien, partiendo de una

⁶ Al respecto Cfr.: MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, cit., pp. 365 – 366. También pueden consultarse ampliamente las monografías de: MUÑOZ CONDE, F.: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 43 y ss.; PÉREZ FERRER, F.: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Ed. Dykinson, 2008, pp. 111 y ss.; y POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 217 y ss. Las obras citadas hacen un recorrido por cada una de las posturas al respecto (el desistimiento como elemento negativo del tipo, el desistimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad, como causa de exclusión de la culpabilidad, o como excusa absolutoria o causa de anulación de la pena). Es también de utilidad la exposición que sobre el tema se hace por GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 129 y ss.

⁷ FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 62. Al respecto de estas dos principales posturas doctrinales, cfr.: HIGUERA GUIMERA, J. F.: *Las excusas absolutorias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 171 – 178.

⁸ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad...* cit., p. 130. Más actualmente, de esta opinión: DOMÍNGUEZ CORREA, M.: *El desistimiento de la tentativa*, Ed. B de F, Montevideo, 2013, p. 92.

⁹ Sobre ello vid. PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., pp. 113 – 114.

¹⁰ Así: MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, cit., pp. 365 – 366 (desde la concepción del tipo como tipo de injusto penal).

¹¹ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: *Notas a la traducción del Tratado de Mezger*, Tomo II, Ed. Revista de

concepción unitaria entre tentativa y desistimiento, considera que “los actos ejecutivos que han comenzado a realizarse son jurídico-penalmente irrelevantes si existe un desistimiento voluntario y eficaz, con lo que la consecuencia es que no habrá llegado a existir el injusto de la tentativa”¹². También recientemente Domínguez Correa se ha mostrado partidario de calificar al desistimiento como causa de atipicidad: “el desistimiento cancela el peligro de lesión al bien jurídico tutelado y, en consecuencia, se trata de una etapa posterior que reviste la característica de atípica”¹³. En definitiva, se concibe, según esta línea de interpretación, que el ámbito en el que ha de ubicarse el desistimiento debe ser el tipo de injusto de la tentativa. O lo que es lo mismo: si el sujeto desiste, directamente falta la tentativa, pues objetivamente ésta no existe¹⁴.

Sin embargo, a la postura que entiende que la naturaleza jurídica del desistimiento es la de “elemento negativo del tipo” o “causa de atipicidad”, se le han objetado críticas diversas. Contra la misma se aduce que “la naturaleza de una institución jurídica se deriva no tanto del texto legal como de su interpretación”, pues aunque el criterio gramatical sea necesario como punto de partida, no puede ser el único a tener en cuenta a la hora de conocer la verdadera naturaleza jurídica del desistimiento¹⁵. También se alega que el otrora denominado *Código Penal de la Democracia* pasó a regular la tentativa y el desistimiento en apartados separados (al contrario de lo que acontecía anteriormente a su promulgación, en que, como se dijo, el propio desistimiento estaba integrado en la definición de la tentativa como elemento de ésta) por lo que tampoco desde este prisma el desistimiento podría formar parte del tipo de la tentativa¹⁶.

Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 270 y ss. Un comentario sobre la interpretación de esta postura puede encontrarse en MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 44 – 45. Por su parte, comparte la opinión de RODRÍGUEZ MUÑOZ, v. gr.: BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ed. PPU, 4ª edición, Barcelona, 1994, p. 422.

¹² POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 267 – 268.

¹³ DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., p. 92.

¹⁴ RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas...* cit., p. 271. Vid. una esquematización de esta postura en: GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad...* cit., p. 130.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 45. El autor añade que: “toda teoría que vea en el texto legal el argumento decisivo para situar sistemáticamente el desistimiento o cualquier otra institución jurídicopenal, desconoce que los distintos elementos recogidos en una norma penal exceden de lo que se entiende por tipo en sentido estricto”. Comparten este argumento: PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 114; y FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 63 – 64.

¹⁶ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, La Coruña, 1980, p. 32. También recoge esta idea: GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad...* cit., pp. 130 – 131. En contra de que este argumento sea decisivo a la hora de calificar jurídicamente la figura: MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, cit., p. 365.

b) Desistimiento como excusa absolutoria

Debido a estos argumentos contrarios a considerar el desistimiento como elemento negativo del tipo de la tentativa, un destacado sector de la doctrina se destaca de tal línea de pensamiento y considera actualmente que la figura del art. 16-2 CP. tiene naturaleza de excusa absolutoria¹⁷, e incluso, de forma más matizada, se concibe a la misma como una auténtica causa de exclusión o levantamiento de pena, ubicadas (ambas, en cualquier caso), al nivel de la punibilidad o penalidad del delito cometido¹⁸.

En palabras de Muñoz Conde “las formas imperfectas de ejecución, tentativa y frustración, en el caso del desistimiento voluntario que evite la consumación típica no son merecedoras de pena y deben ser, por tanto, impunes. Esta impunidad se deriva de otros principios dogmáticos y políticocriminales que el injusto y la culpabilidad, por lo que debe incluirse en otro elemento del delito, la penalidad, y ciertamente como *causa de exclusión de la penalidad*”¹⁹.

Efectivamente: si se parte de la idea de que la tentativa es algo más que una forma de aparición del delito, y se entiende que ésta constituye un delito autónomo (independiente del que nace con la consumación), entonces al ejecutar los actos que definen la misma ya nace la tentativa como delito autónomo (se “consume” la tentativa, por así decirlo). Y todo lo que viene después, como el desistimiento,

¹⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal, parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010, p. 402. También en este sentido se pronunció el propio TS en su Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 15 de febrero de 2002. En dicho acuerdo puede leerse que “la interpretación del artículo 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el “iter criminis”, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen”. Vid. tb. en este sentido: MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 64; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: en Calderón Cerezo, A., Choclán Montalvo, J. A., *Manual de Derecho Penal I, parte general. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Ed. Deusto, Madrid, 2005, p. 287.

¹⁸ En este sentido, y entre otros: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena... cit.*, p. 32; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito, cit.*, p. 65; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 424; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, pp. 63 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal, parte general. Teoría jurídica del delito*, Ed. Rafael Castellanos, 2ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1986, p. 458; CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal español, parte general, Volumen II, Teoría general del delito (2)*, Vol. II, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 121; y LUZÓN PEÑA, D. M.: “La punibilidad”, en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C. M., Gracia Martín, L., Higuera Guimerá, J. F. (edits.), VV. AA., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 834 y 844. Sobre la distinción terminológica entre “exclusión de pena” y “levantamiento de pena” al hilo de la naturaleza jurídica del desistimiento, vid.: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, cit.*, pp. 225 y ss.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito, cit.*, p. 65. El autor hace esta afirmación analizando la figura de la tentativa en el seno del Código Penal anterior. Actualmente, como ya advertimos *supra*, nuestro Código no prevé la figura jurídica de la *frustración*.

forzosamente ha de operar tras la *consumación de la tentativa*. Por lo tanto, como explica Faraldo Cabana, “aunque el desistimiento es conceptualmente anterior a la consumación del delito, materialmente se trata de un hecho posterior al injusto de la tentativa, que no afecta ni al injusto ni a la culpabilidad” de ésta²⁰.

Según nuestro planteamiento –que coincide sustancialmente con el de los autores acabados de exponer– el fundamento del injusto en la tentativa radica en la puesta en marcha de una resolución criminal que crea un riesgo para la intangibilidad de un determinado bien jurídico, de modo tal que el desistimiento no es susceptible de afectar –en ningún caso– ni a la tipicidad ni a la antijuridicidad de la tentativa, toda vez que aquél se produce una vez ya está plenamente afirmado lo injusto de ésta. El desistimiento, por tanto, es un aspecto de la tentativa que surge cuando ya se ha producido todo el desvalor del hecho²¹. Nos encontramos, por tanto, ante una institución que deviene como un auténtico comportamiento post-delictivo (posterior al delito que, en este caso, lo constituye la tentativa, autónomamente, como dijimos). Se trata de una cláusula ubicada al nivel de la *punibilidad* (más allá del injusto culpable, que resulta inalterable, pues ya se ha *consumado* el injusto de la tentativa), a nuestro juicio ajena a la estructura del delito²².

Desde una concepción más depurada, no nos encontramos ante una “excusa absolutoria” en el sentido tradicional del término, sino más bien ante una “causa de levantamiento de la pena”, que se identifica mucho mejor con los genuinos comportamientos postdelictivos –de signo positivo–. Esta afirmación requiere de alguna explicación ulterior.

El término “excusa absolutoria”, de origen francés, fue inauguralmente acuñado en nuestro país por Silvela, quien definía a las mismas como aquellas causas que no se apoyan en que el acto sea legítimo –como ocurre con las causas de justificación– ni tampoco en la existencia de un sujeto capaz o incapaz –como ocurre con las causas de inimputabilidad–, sino en determinados motivos transitorios, políticos o de conveniencia, por medio de los cuales el legislador considera más útil tolerar el delito que castigarlo –aún existiendo hecho delictivo y persona responsable del mismo, como dejamos apuntado supra–²³. No obstante, la inicial clasificación de Silvela se reveló inmediatamente como exorbitante, necesitando de ulteriores correcciones por parte de la doctrina penal que procedió a depurar el término y a excluir de la clasificación hecha por este último autor determinados preceptos del Código Penal que no se recubrían de los caracteres propios de las excusas absoluto-

²⁰ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 64 – 65. En el mismo sentido, v. gr.: MENDES DE CARVALHO, E.: *Punibilidad y delito*, Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 149.

²¹ En estos términos: GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad...* cit., p. 165.

²² Sobre las concretas razones que nos conducen a afirmar lo anterior, vid. in extenso: BUSTOS RUBIO, M.: “Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 189 y ss.

²³ SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, parte segunda, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 2ª Edición, Madrid, 1903, p. 201.

rias –y que después se recondujeron a causas de atipicidad, justificación o inculpa-bilidad–²⁴.

Tradicionalmente la doctrina no ha entrado a discutir sobre las distintas figuras que comúnmente se agrupaban bajo la genérica rúbrica de “excusas absolutorias”. Causas que, a pesar de compartir el efecto de evitar finalmente la imposición de sanción penal, son distintas tanto en su propia configuración, como en el momento concreto en que entran en juego. Históricamente, la categoría francesa de “excusa absolutoria” en el seno de la punibilidad había venido acogiendo indistintamente un conjunto de elementos diferentes, sin apreciar las particularidades de éstos. A pesar de que en los últimos años se ha llevado a cabo un importante esfuerzo en dirección a analizar pormenorizadamente dichos elementos y asignarles una etiqueta en el sistema del Derecho penal actual, en modo alguno puede decirse que la discusión esté hoy zanjada. Más bien al contrario: hay posturas que, si bien parten de puntos de vista semejantes, introducen múltiples matices en uno u otro sentido, lo que dificulta un estudio común de los distintos elementos que convergen en relación a la categoría de la punibilidad.

Sin embargo, el hecho de encuadrar bajo la común denominación de “excusas absolutorias” tanto a las causas que desde un principio imposibilitan el nacimiento de pena, como a las causas en las que el legislador otorga cierta virtualidad al comportamiento postdelictivo, desplazando la punibilidad, puede conducir a una innegable confusión²⁵. Los muy diversos supuestos contemplados en el Código Penal a los que se asocia la anulación o el levantamiento de la pena de un delito ya consumado, no pueden ser acogidos junto con otros supuestos distintos bajo una misma rúbrica. De seguirse empleando la unitaria terminología de “excusas absolutorias” habría que matizar y advertir la existencia de dos modalidades: excusas absolutorias anteriores a la ejecución del hecho, y excusas absolutorias posteriores²⁶. En efecto: no es lo mismo, por ejemplo, el supuesto contemplado en el art. 268 CP.²⁷, que impide penar a determinados parientes por los delitos patrimoniales no violentos o intimidatorios cometidos entre sí, que los supuestos previstos en los arts. 305,4²⁸ y 307,3 CP.²⁹, que contemplan la regularización en el delito fiscal y en

²⁴ Vid. la exposición de esta postura en HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 34 y ss.

²⁵ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 41.

²⁶ *Ibidem.*, p. 43.

²⁷ Reza el art. 268 CP.: “están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”.

²⁸ Señala el art. 305,4 CP., primer apartado: “se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso

el delito de defraudación a la Seguridad Social respectivamente. Y no es lo mismo porque en el primer ejemplo se está impidiendo desde el inicio el nacimiento de la pena para los citados sujetos, sin necesidad de que éstos lleven a cabo ningún comportamiento postdelictivo para que se beneficien de la exclusión de pena, mientras que en el ejemplo segundo se exige que el sujeto lleve a cabo un *comportamiento postdelictivo positivo* para poder beneficiarse del efecto de anulación o levantamiento de la pena. Esto último es, precisamente, lo que a nuestro juicio acontece cuando hablamos de desistimiento en la tentativa.

La clasificación germana más actual diferencia entre, por un lado, las causas de exclusión de la pena (*Strafausschliessungsgründe*) y por otro las causas de levantamiento o anulación de la pena (*Strafaufhebungsgründe*). Las *causas de exclusión de la pena* operan como causas que ya desde el inicio, y en el momento de ejecución del delito, impiden el nacimiento de la sanción penal (y con ello del carácter punible del hecho)³⁰. Las *causas de levantamiento o anulación de la pena*, por su parte, operan una vez ya se ha ejecutado el delito. Son supuestos de comportamiento postdelictivo que vendrían a abrogar una punibilidad ya surgida, desplazando retroactivamente una pena que ya resultaba aplicable. Son causas que presuponen la existencia de un hecho típico, antijurídico, culpable y —al menos en principio— punible³¹. Como apunta Faraldo Cabana estas causas “consisten en la realización voluntaria por el propio sujeto de un comportamiento postdelictivo de signo positivo”, añadiendo que “sólo concurren con posterioridad a la realización del hecho, por lo que exoneran retroactivamente de una punibilidad que ya había surgido”, y que el sujeto *merecía* desde el inicio. Y, como decimos, es esto lo que ocurre con el desistimiento en la tentativa: no se trata, como ocurre en las causas de exclusión de la pena (tradicionales *excusas absolutorias*), de impedir el nacimiento de la sanción penal correspondiente, sino más bien de anularla o impedir la mediante la ejecución de un cierto comportamiento postdelictivo —en este caso: el propio desistimiento—³².

Analizada la naturaleza jurídica que a nuestro juicio posee el desistimiento en la tentativa, procede, en adelante, realizar una exégesis de las diferentes posturas

de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias [...]”.

²⁹ Señala el art. 307,3 CP., primer apartado: “se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”.

³⁰ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 45.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem., 60 – 61.

doctrinales que se han pronunciado sobre el fundamento y razón de ser de esta institución en nuestro Derecho penal.

3. EL FUNDAMENTO DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA.

a) Teorías jurídicas

Las primeras teorías que surgieron para fundamentar la institución del desistimiento fueron las denominadas “teorías jurídicas”. Se trata de teorías formuladas en la segunda mitad del siglo XIX, y que hoy pueden considerarse superadas (como apunta Roxin, es esta “la concepción más antigua, hoy apenas defendida”³³). No obstante no puede dudarse de su importancia, pues muchos de sus postulados han sido parcialmente asumidos por corrientes posteriores, como comprobaremos *infra*. Las teorías jurídicas explican la impunidad por desistimiento sobre la base de la desaparición de algún elemento fundamentador de la punibilidad de la tentativa³⁴. Como ilustrativamente señala Muñoz Conde, esta línea de pensamiento considera que el desistimiento es “un obstáculo jurídico forzoso para el castigo de la tentativa”³⁵. Con carácter previo al análisis de los postulados de esta teoría, debemos dedicar unas líneas a examinar la cuestión –siempre controvertida– del fundamento de la tentativa pues, como bien advierte Faraldo Cabana, “es necesario conocer previamente la razón que justifica la punición de la tentativa para, en un segundo momento, establecer las razones que hacen innecesaria dicha punición en el caso del desistimiento”³⁶.

Sintéticamente, las teorías que sostienen la punición de la tentativa pueden dividirse en tres grandes grupos: (a) teorías objetivas, en las que la razón del castigo es la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, (b) teorías subjetivas, en las que la razón de la punición se basa en la voluntad contraria a Derecho manifestada por el sujeto, y (c) teorías mixtas o eclécticas, que entrelazan elementos de carácter objetivo y subjetivo para explicar el fundamento del castigo por actos que constituyen tentativa de delito³⁷.

³³ ROXIN, C.: “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 3, 2001, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html.

³⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 44.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 14. En los mismos términos se pronuncia: NUÑEZ PAZ, M. A.: *El delito intentado*, Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 128.

³⁶ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 103; y La Misma: “El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos: las causas de levantamiento de la pena”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, nº 10, año V, p. 140. Misma idea es la mantenida por: GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., p. 159.

³⁷ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 104 – 106; y La Misma, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos... cit.*, pp. 140 y ss. Ampliamente sobre estas teorías, cfr.: DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*,

Con apoyo en estas posturas el fundamento del desistimiento en el delito intentado también puede explicarse desde teorías objetivas y subjetivas. Las primeras, sin perder totalmente de vista el elemento subjetivo, explican la impunidad del desistimiento desde la ausencia de algunos elementos de las categorías que componen la estructura de la tentativa (antijuridicidad, culpabilidad). Las segundas, por el contrario, explican la impunidad por desistimiento sobre la base de la ausencia o desaparición de voluntad delictiva del sujeto³⁸. Desarrollemos un poco más ambas tesis:

Las *teorías jurídicas objetivas*, como se ha apuntado, parten de la ausencia de alguno de los requisitos de las categorías que conforman la tentativa. Se entiende que el desistimiento anula algún elemento de naturaleza objetiva necesario para afirmar la relevancia penal de la conducta³⁹. Algunos autores consideran que el desistimiento supone una auténtica negación de la antijuridicidad: se concibe que el comportamiento antijurídico es parte de un todo, y por ello la conducta que evita el resultado transforma el comportamiento de conjunto en conforme a la Ley, es decir, desaparece la antijuridicidad al anularse con el desistimiento las condiciones que fueron impuestas para producir el resultado (Binding; Haelschner; Finger, Oetker; Schoentensack). Otro sector no obstante, entiende que la razón de la impunidad por desistimiento proviene de la exteriorización de una nueva conducta que implica un cambio en el juicio de desvalor sobre la voluntad del autor, faltando por ello, en opinión de estos autores, la culpabilidad para proceder a imponer una pena (Allfeld); un último sector opina que desaparece la culpabilidad pero desde razones distintas: se concibe que cuando el sujeto desiste del hecho intentado se puede hablar de “insignificancia” de la culpabilidad del autor (Welzel)⁴⁰.

Las *teorías jurídicas subjetivas*, como se ha expuesto, entienden que el desistimiento denota una ausencia de intención o voluntad delictiva, lo que impediría afirmar la existencia de tentativa⁴¹. Siendo este el punto de arranque, hay distintas posturas que se desarrollan en su seno.

Por un lado, algunos autores conciben que el desistimiento anula retroactivamente una mala voluntad del sujeto manifestada a través de la tentativa (teoría de la

cit., pp. 12 y ss.; DOVAL PAIS, A.: *La penalidad de las tentativas de delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 27 y ss.; NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, *cit.*, pp. 23 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito... cit.*, pp. 5 y ss.; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa... cit.*, pp. 153 y ss.

³⁸ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, *cit.*, pp. 37 y ss.; y FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos... cit.*, p. 144.

³⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, *cit.*, p. 46; y DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, *cit.*, pp. 18 y ss.

⁴⁰ Sobre todas estas teorías, y por todos, cfr.: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, *cit.*, p. 41; y MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, *cit.*, pp. 16 y ss.

⁴¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, *cit.*, p. 45; y DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, *cit.*, pp. 14 y ss.

anulación; Zachariä). Por otro lado, se afirma que realmente la voluntad de consumir el delito nunca llegó a existir: ya no se trataría de anular retroactivamente una voluntad existente sino de declarar que esa voluntad nunca existió, considerándose que aunque la conducta de un sujeto pueda dividirse en diferentes actos, en realidad todos ellos forman una unidad indivisible de consumación; así, cuando falla la voluntad de consumir, se ve afectada toda la unidad de la acción (teoría de la inexistencia o de la nulidad; Luden; Berner). Una tercera corriente, a medio camino entre las anteriores, considera que el hecho de desistir conlleva afirmar que desde el principio el sujeto no tenía una voluntad tan negativa o tan mala, por lo que no podría afirmarse que dicho sujeto representa un peligro para la colectividad, de lo que se deriva que no son merecedores de sanción penal (teoría de la voluntad disminuida; Zachariä). Y, por último, una cuarta teoría subjetiva concibe que la razón de la impunidad por desistimiento deriva de una mera *presunción* de que la voluntad del sujeto no es lo suficientemente intensa, dato que se desprendería del propio desistimiento del hecho intentado; esta teoría entiende que no está del todo claro que desaparezca o se atenúe la voluntad criminal del sujeto, pero que existen datos que se encaminan en esa dirección. En definitiva: no siempre podrá conocerse si existe ese cambio de voluntad en el autor, pero podrá presumirse (teoría de la presunción; Herzog; V. Bar)⁴².

En nuestra opinión, y como afirmásemos ya *supra* al analizar la naturaleza jurídica de esta cláusula, la institución del desistimiento entra en escena una vez ya se ha “consumado” por completo el injusto de la tentativa, lo que implica –por un lado– que ya existe un hecho típico y antijurídico, en el que la culpabilidad debe examinarse atendiendo al momento de su ejecución, y –por otro lado– que la voluntad delictiva del sujeto ya se ha puesto de manifiesto en el momento mismo de la tentativa; por tanto, no parece posible asumir un fundamento de la cláusula inspirado en estas teorías jurídicas. Como acertadamente recoge Pozuelo Pérez, “no puede considerarse que lo efectivamente sucedido en realidad no ha ocurrido, tanto desde la perspectiva de que nunca sucedió, como de que [...] los hechos son retroactivamente anulados”⁴³. De este modo, las teorías jurídicas se revelan como una auténtica ficción inasumible, pues una cosa es que el Código Penal conceda la impunidad por el desistimiento voluntario de consumir el hecho, y otra bien distinta es afirmar que con este comportamiento se borra (cuanto menos) la existencia de actos anteriores ya perfeccionados, constitutivos de la tentativa de delito. Como señala Martínez Escamilla, afirmar que en estos casos nunca existió un peligro real o un daño

⁴² Sobre este conjunto de subteorías, y por todos, cfr.: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 38 y ss.; y MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 14 y ss. Con origen en esta teoría jurídica subjetiva se desarrolló la denominada *teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal*, que supone una profundización en la tesis acaba de exponer. Sobre ella, por ser más específica y desarrollada, nos pronunciaremos *infra*.

⁴³ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 42. En el mismo sentido: PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 161.

efectivo para el bien jurídico, o que éste queda anulado *ex tunc*, “constituye una ficción inaceptable”⁴⁴.

b) La teoría político-criminal del “puente de plata”

Según esta teoría, inicialmente formulada por Von Liszt⁴⁵ y hoy prácticamente abandonada, no es posible afirmar que con el desistimiento se anulen retroactivamente algunos de los elementos de la tentativa: el delito ya ha sido intentado, la tentativa ya existe y es inalterable (cuestión con la que estamos plenamente de acuerdo, como hemos dicho). No obstante, esta teoría entiende que con el desistimiento se ponen de manifiesto ciertas razones de índole político – criminal que permiten ofrecer al sujeto un *puente de plata* (o *puente de oro*)⁴⁶ con objeto de que renuncie a la consumación delictiva. Al autor de la tentativa se le hace así una “oferta de impunidad” para que opte por ella y desista de los hechos ya comenzados. En definitiva, la impunidad del desistimiento de la tentativa descansa en razones de utilidad, ofreciéndose un estímulo al sujeto para que desista de la consumación⁴⁷.

Antes que Von Liszt también Feuerbach elaboró una teoría semejante⁴⁸, si bien formulada en sentido negativo: si con el desistimiento no se ofrece un puente de plata al sujeto, y se le impone la pena en todo caso, según este autor nos encontramos ante una invitación a consumir el delito⁴⁹. Explicando esta línea argumental, Muñoz Conde expresa que “si el Derecho penal quiere evitar la comisión de deli-

⁴⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 48.

⁴⁵ Vid.: VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, (traducción de la 20ª edición alemana por: Jiménez de Asúa, L.; adicionado con el Derecho penal español por: Quintiliano Saldaña), Ed. Reus, 2ª edición, Madrid, 1929, p. 20.

⁴⁶ Así lo denomina v. gr.: MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 40. La traducción del original alemán ‘goldene Brücke’ es ‘puente de oro’. En su traducción al español se acoge la expresión ‘puente de plata’ en coherencia con el tradicional refrán: ‘a enemigo que huye, puente de plata’. Sobre ello se pronuncian también: DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., pp. 28 y ss.; NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 131; FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., p. 142; y La Misma, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 107.

⁴⁷ Así MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 18 – 19. También hablando de “estímulo” como idea sustentáculo de esta teoría: ROXIN, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*, cit., http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., p. 145; y FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., pp. 142 – 143.

⁴⁸ Vid.: FEUERBACH, P. J.: *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, (traducción al castellano de la 14ª edición alemana por: Zaffaroni, E. R., Hagemeyer, I.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 116. Para FEUERBACH el hecho ha de ser más punible “cuanto más íntima haya sido la conexión causal que tuvo lugar entre la acción y el resultado”, por lo que concluye afirmando que “el crimen consumado es más punible que el emprendido [y] el crimen emprendido será más punible cuanto más próxima a la consumación se haya quedado la acción en que consistió la tentativa”.

⁴⁹ Vid. una exégesis del pensamiento de este autor en: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 48; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 39; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 19; NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 131; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 163.

tos, debe querer impedir también su consumación cuando se haya comenzado a ejecutarlos”, de lo que derivaría la necesidad de dejar sin sanción penal a quien voluntariamente desiste de la consumación⁵⁰.

El éxito inicial de esta teoría se debió a las numerosas críticas surgidas tras la formulación de las teorías jurídicas puras; se entendía que la tentativa estaba “irremisiblemente afirmada” y el desvalor de ésta no podía verse anulado por el hecho de desistir, por lo que la única solución para explicar el fundamento del desistimiento en el delito intentado pasaba por reconocer la existencia de una “estrategia político – criminal del legislador, que *ofrece* esa impunidad como una última reconvencción al delincuente para que recapacite y opte por la vía de no lesionar al bien jurídico”⁵¹. En palabras del propio Von Liszt “en el momento en que se traspasa la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y la ejecución punible, se incurre en la pena establecida para la tentativa. Este hecho no puede ya ser alterado, ni ‘anulado por volverse atrás’, ni desaparecer del mundo. Sin embargo, puede la legislación, por razones de Política criminal, construir un puente de oro para la retirada del agente que ya era susceptible de pena”⁵².

Esta teoría guarda cierta similitud con la idea de “estímulo”, pues se predica el interés del Estado en *estimular* al sujeto con la posibilidad de desistimiento y la consecuente impunidad, con el objetivo de que el mismo no lesione un bien digno de salvaguarda, y desista de su desvalorada acción inicial. El estímulo, por tanto, se dirige a lograr que el sujeto desista de su comportamiento y evite con ello la efectiva consumación (logrando así la intangibilidad del bien jurídico tutelado por la norma). Sin embargo, a esta tesis de corte político – criminal podemos objetarle algunas cuestiones:

En primer lugar, no está tan claro que la oferta de impunidad por desistimiento constituya un verdadero estímulo para que el sujeto evite la consumación del delito, y ello porque no en todo caso la sociedad conocerá que la ley penal ofrece esta posibilidad⁵³. Y por mucho que *ignorantia juris non excusat*, y por mucho que se invoque la existencia de un “sentimiento jurídico del profano” que obliga al ciudadano a conocer el contenido de la ley, ello no es obstáculo para seguir afirmando, de facto, ese desconocimiento⁵⁴. En palabras de Martínez Escamilla, “los indivi-

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 19.

⁵¹ En estos términos: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 50.

⁵² VON LISZT, en Jiménez de Asúa (trad.), Quintiliando Saldaña (adiciones), *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, cit., p. 20.

⁵³ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 50 – 51.

⁵⁴ Como expresa POZUELO PÉREZ, “este planteamiento parte de una concepción totalmente racionalista acerca del individuo que comienza la ejecución de un delito, que controla fría y calculadamente cada paso del mismo”, concepción que deviene irreal, como se ha expuesto. Vid.: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 52. Recogen esta misma crítica: MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 41; y GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., p. 145. Por ello, cuanto menos podrá afirmarse que el punto de partida de esta teoría no

duos pueden desistir por muchos y muy variados motivos –por miedo a ser descubiertos, por compasión, por escrúpulos de conciencia, por pérdida de interés en la consumación, etc.–, pero prácticamente nunca impulsados por el fin de librarse de la pena con que la ley amenaza los actos ejecutivos ya realizados”⁵⁵. En el mismo sentido Muñoz Conde ya afirmaba que “la realidad demuestra que las motivaciones que influyen en la mente del delincuente cuando desiste de consumir un delito son las más diversas; pero, desde luego, la que quizás ejerce una menor influencia es la de que su hecho esté amenazado con una pena”⁵⁶. Por lo tanto: la promesa de impunidad que se deriva de la ley no tiene por qué influir, ni necesaria ni generalmente, en la decisión del autor⁵⁷ (como señala Faraldo Cabana, “la promesa de impunidad suele ser ignorada por la población”⁵⁸).

En segundo lugar, para el caso de que el sujeto conozca los beneficios que se pueden derivar con su comportamiento, se puede generar una consecuencia totalmente contraria a la inicialmente buscada, es decir, un *contraestímulo*. Como expone Pozuelo Pérez, si se sostiene que el desistimiento debe producir impunidad porque en caso contrario al delincuente le daría igual consumir o no, a *sensu contrario* puede criticarse “el propio hecho de que exista esa razón, de que se le ofrezca la impunidad por el peligro que supone el que no la utilice correctamente”⁵⁹. Esta situación abrirá la puerta a la posibilidad de dar inicio a tantas ejecuciones delictivas como el sujeto guste, toda vez que siempre le quedará abierta la posibilidad de desistir del hecho iniciado para evitar la sanción penal.

En tercer lugar, esta teoría del “puente de plata” tampoco logra explicar el fondo del problema, pues no ofrece razones suficientes que sostengan la decisión de eliminar por completo la pena. Esta línea argumental no explica de forma suficiente por qué para estimular la renuncia a la consumación es necesario ofrecer la completa impunidad, y no, por ejemplo, una mera atenuación de la sanción penal⁶⁰.

Y en cuarto lugar, podemos decir que en el desistimiento de la tentativa la ley penal exige que la conducta sea “voluntaria” (así lo establece el propio art. 16,2 CP.). La exigencia de que el comportamiento sea “voluntario” no implica en ningún caso que éste se ejecute por *motivación* ante la perspectiva de impunidad.

constituye una premisa *iuris et de iure* apoyada en datos empíricos constatables que permitan afirmar, en todo caso, que el sujeto conoce las consecuencias jurídico – penales que se derivarán de su actuación.

⁵⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., pp. 40 – 41. La misma opinión mantienen: FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., p. 143; La Misma, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 108; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 169.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 25.

⁵⁷ NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 132.

⁵⁸ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 108.

⁵⁹ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 55.

⁶⁰ Al respecto vid.: MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 42; FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., p. 143; La Misma, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 108; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 172.

Como expresa Núñez Paz, “para el legislador cualquier renuncia voluntaria a la consumación impide el castigo aunque no haya sido motivada por la perspectiva de la impunidad”⁶¹. Por tanto no parece posible interpretar, de *lege data*, que se exija que el sujeto deba operar por estímulo o motivación alguna.

c) Teorías del perdón y teorías premiales

Bajo la denominación de “teorías premiales” se encuentran un conjunto de teorías más recientes que equiparan la impunidad por desistimiento del hecho a la idea de premio, perdón, recompensa o acto de gracia para el autor⁶². Se entiende así que quien desiste voluntariamente evitando la consumación del delito con tal comportamiento “borra la mala impresión que su hecho causa en la comunidad”, mereciendo con ello el perdón⁶³. Se trata, pues, de una retribución merecida por llevar a cabo un comportamiento socialmente adecuado y positivo. Sin embargo, bajo la rúbrica de “teorías premiales” pueden diferenciarse dos líneas de pensamiento:

Por un lado, se entiende que la explicación de la impunidad por desistimiento en el delito intentado responde a la idea de “gracia” como forma jurídica y como acto del Estado (“Gnadentheorie”). A través del desistimiento, el legislador penal ejerce su derecho de gracia respecto del sujeto que impide la consumación del delito. El hecho de que se exija que ese desistimiento deba ser *voluntario* implica afirmar que el sujeto se ha “merecido” el perdón. Estaríamos ante una especie de indulto personalizado ofrecido al sujeto que voluntariamente desiste de la consumación delictiva, y ello por el mérito que supone la ejecución de tal conducta, cara a la sociedad⁶⁴.

Por otro lado, el fundamento de la impunidad por desistimiento resulta también explicable desde la idea de “premio” (“Prämientheorien”). Esta idea tiene en común con la anterior que también proviene de una instancia superior (el Estado) y parte de la idea de que el sujeto que desiste “merece” el perdón por actuar voluntariamente. Sin embargo, hay diferencias: con la teoría del premio no estamos ante una especie de *perdón*, sino más bien ante una *recompensa* al sujeto que evita el resultado típico⁶⁵.

⁶¹ NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 132.

⁶² MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 49. En el mismo sentido: GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., p. 149.

⁶³ NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 133; y FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 110.

⁶⁴ Vid. por todos: MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 26 – 27; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 58 y ss.; DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., p. 37; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 176.

⁶⁵ Vid. por todos: MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 26 – 27; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 58 y ss.; DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., p. 37; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 176.

Pensamos, sin embargo, que también a estas teorías se le pueden realizar distintas objeciones que nos impiden asumirlas como verdadero fundamento del desistimiento en la tentativa:

En primer lugar, este sector doctrinal afirma que mediante la figura del desistimiento de la tentativa el Estado, por medio de la ley, vendría a otorgar un *premio* o *perdón* al sujeto. Sin embargo, esta teoría no aborda el verdadero problema que aquí estamos tratando de dilucidar: ¿por qué la ley otorga ese premio o perdón? ¿Qué razones o fundamentos hacen que se proceda de esta manera? Aún admitiendo que el instituto del desistimiento se configure como un premio o un perdón especial, ¿cuál es la razón por la que el Estado otorga ese beneficio? Se echa en falta una mayor argumentación que justifique los postulados de estas tesis; puede afirmarse que los mismos suponen una auténtica fórmula vacía de contenido, pues se limitan a parafrasear la ley sin aclarar absolutamente nada sobre el por qué de este modo de proceder del legislador⁶⁶. Si nada se dice sobre el verdadero fundamento de esta teoría el recurso a figuras semejantes por parte del legislador podría llegar a ser una “carta blanca” para renunciar a la pena cuando se desee, sin mayores justificaciones, lo cual parece inadmisibles⁶⁷. En palabras de Roxin, “es seguramente correcto que el desistimiento voluntario es ‘recompensado’ o ‘premiado’ con la liberación de la pena, pero esta afirmación únicamente proporciona una transcripción del texto de la Ley. La verdadera cuestión reside en saber por qué el desistimiento voluntario es distinguido con la impunidad”⁶⁸. Y esta teoría no logra explicar esta cuestión.

En segundo lugar, es posible oponer también que entre las funciones del Derecho penal no se encuentra la de premiar a los malhechores. Como señala Pérez Ferrer “la función de premiar no forma parte del contenido del Derecho penal: no sólo no se aviene con un Derecho penal moderno, sino tampoco con la estructura de las relaciones que ha de existir entre el ordenamiento penal y los ciudadanos, que debe carecer de tintes paternalistas o correctores”⁶⁹. Y aunque puede decirse que esta crítica no aborda el núcleo central del problema⁷⁰, en modo alguno consideramos que la misma deba pasarse por alto, pues a pesar de no ser una crítica jurídica

⁶⁶ Esta crítica la recogen, entre otros: ROXIN, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*, cit., http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 50; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 61 – 62; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, cit., p. 30; NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 134; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., pp. 149 – 150; PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., pp. 180 y 182; FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., pp. 144 – 145; y La Misma, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 110.

⁶⁷ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 62.

⁶⁸ ROXIN, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*, cit., http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html.

⁶⁹ PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., pp. 181 – 182.

⁷⁰ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 60.

en sentido estricto, es correcta en lo esencial. Lleva razón Muñoz Conde cuando alerta que “el fin del Derecho penal es fundamentalmente la lucha contra el delito, evitándolo o castigándolo allí donde se produzca. Su misión es proteger bienes jurídicos y sancionar las conductas que lo ataquen, pero nunca premiar porque el delincuente haya evitado las consecuencias perjudiciales de su conducta”⁷¹. Siendo esto así, no podemos encontrar el fundamento del desistimiento en la idea de premio / gracia / perdón, pues tal modo de proceder no se encuadra dentro de las funciones propias del Derecho penal actual.

En tercer lugar, debe dejarse apuntado que el derecho de gracia es una figura jurídica que no puede utilizarse caprichosamente por el legislador, sino sólo sobre la base de razonamientos y justificaciones de peso que, como adelantamos hace un momento, se echan en falta con la formulación de las teorías premiales. Prueba de ello es que el Estado hoy ve reducido el ejercicio de su derecho de gracia a los supuestos de indulto⁷². Si por medio del art. 16-2 CP. se quiere ofrecer una especie de recompensa o premio al sujeto que voluntariamente desiste del hecho por él mismo iniciado, cuanto menos debe explicarse el por qué de este modo de proceder. En suma, fundamentar el instituto del desistimiento en un pretendido “derecho de gracia” supone, en el fondo, una auténtica renuncia a la búsqueda de la fundamentación de la cláusula.

En cuarto lugar, se alega también que el actual art. 16-2 CP. declara impune al que voluntariamente desiste del delito intentado “sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”, por lo que cabe cuestionarse si en realidad la idea de “premio” o “perdón” estará presente ante cualquier tipo de desistimiento del hecho. Esta disposición recoge lo que la doctrina ha venido a denominar *tentativa cualificada*, en virtud de la cual el desistimiento no excluye el castigo por otros actos ya realizados que de por sí merecen la etiqueta de *delito*. Como explica Muñoz Conde, en estos casos normalmente el delito medial es menos grave que el que queda impune por desistimiento, pero no siempre ello tiene por qué ser así: puede suceder que el delito que acabe por sancionarse conlleve pena más grave que el finalmente declarado impune. Siendo esto así se pregunta el autor: “¿cómo puede decirse que en estos casos la impunidad concedida por el desistimiento del delito fin sea un premio, cuando a pesar de ello se aplica al delincuente una pena incluso más grave?”⁷³.

Y en quinto y último lugar, puede decirse que la asunción de esta teoría supon-

⁷¹ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 30. Misma opinión: DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., pp. 42 – 43.

⁷² MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 31; NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 134; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 181.

⁷³ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 31 – 32. Recogen también este argumento: NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 134; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 181.

dría una ruptura con el principio de igualdad que debe inspirar a cualquier Estado de Derecho actual, pues con la misma se estaría recompensando al malhechor por un determinado comportamiento posterior a su “mal acto” pero no así al ciudadano bienhechor que no lleva a cabo ningún comportamiento al margen de la legalidad. Como expone García Pérez “de la misma forma que el ciudadano respetuoso con el Derecho no puede alegar como digno de recompensa el cumplimiento de su deber de no comenzar a ejecutar una acción dirigida a lesionar un bien jurídico, tampoco puede hacerlo el que, habiendo ya infringido este deber, evita, no obstante, la producción de dicha lesión”⁷⁴. De concebirse, por tanto, al desistimiento de la tentativa como una especie de premio, estaríamos ante una clara ruptura con el principio de igualdad, postulado imprescindible en un Estado de Derecho: el Estado estaría recompensando a quien ha dado comienzo a la ejecución de un hecho que tiende a la lesión de un bien jurídico y posteriormente ha hecho algo positivo para evitar dicha lesión, y sin embargo no recompensaría en modo alguno a quien ya desde el principio ha cumplido su deber de respeto de esos bienes jurídicos (sujeto que en todo caso con mayor razón *merecería* el premio). Con el mantenimiento de esta idea a todas luces subyace una situación de desigualdad y de injusticia material, situación que, a nuestro modo de ver, impide considerar a las teorías premiales como verdadero fundamento del desistimiento en la tentativa.

d) Teoría unitaria

La teoría unitaria está directamente relacionada con las teorías jurídicas expuestas *supra*. Y ello porque estas tesis parten de la idea de que “desistimiento” y “tentativa” no son independientes entre sí, sino que conforman un todo, una unidad, por lo que el hecho de desistir del delito intentado sería una prueba de que la propia tentativa nunca llegó a existir o fue neutralizada retroactivamente. Se contempla así al tipo penal en un sentido amplio, valorado como un comportamiento delictivo de conjunto, lo que permite que todas las circunstancias anteriores, posteriores y coetáneas al hecho, se valoren como un todo (Lang-Hinrichsen)⁷⁵. De ello se concluye, como hace Pozuelo Pérez, que “el comportamiento dirigido a la lesión del bien jurídico se transforma voluntariamente en un comportamiento dirigido a la evitación de esa lesión, con lo que desaparece la necesidad de imponer una pena”⁷⁶.

⁷⁴ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., p. 150.

⁷⁵ Vid. una exposición del pensamiento de este autor en: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 95 y ss.

⁷⁶ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 97. Matiza la autora, no obstante, que esta tesis no puede confundirse con los ideales sustentáculos de las teorías jurídicas expuestas *supra*, pues con la defensa de las denominadas “tesis unitarias” no se estaría diciendo que desaparece la necesidad de pena sino más bien que dicha necesidad, directamente, no habría llegado nunca a existir. De igual manera, no se trataría de que el proceso en el delito intentado deje de ser antijurídico al operar el desistimiento, sino que la sola presencia de éste elemento impediría ya afirmar la antijuridicidad de la conducta (vid. p. 99).

Con estos pensamientos la doctrina en realidad está manifestándose sobre la naturaleza jurídica del desistimiento en la tentativa, pues al afirmarse que “tentativa” y “desistimiento” conforman un todo indisoluble se está queriendo decir que éste último entra en juego cuando todavía no se ha perfeccionado el injusto de la tentativa, o lo que es lo mismo, que opera como causa de atipicidad o elemento negativo del tipo. Con este pensamiento se rechaza que el desistimiento opere en un momento posterior a la perfección del injusto en la tentativa, por lo que se desecha la idea de que el mismo pueda configurarse a modo de excusa absolutoria o causa de levantamiento de la pena. Esta es la conclusión a la que llega Pozuelo Pérez cuando defiende que las teorías unitarias son las más idóneas para explicar el fundamento del desistimiento: a su juicio, éste impide afirmar la existencia de tentativa, y en consecuencia puede predicarse que excluye el injusto típico de la misma⁷⁷. También Domínguez Correa mantiene esta opinión, considerando que en casos de desistimiento “no llega a subsumirse la conducta desplegada por el sujeto en el tipo de la tentativa, lo que convierte los actos realizados hasta ese momento en atípicos”⁷⁸. En definitiva: tentativa y desistimiento conformarían, según esta teoría, una unidad en sentido valorativo⁷⁹.

Sin embargo, como ya advertíamos *supra* –y sin ánimo de reiterar aquí lo ya expuesto en aquél lugar–, a nuestro modo de ver el desistimiento en el delito intentado es una auténtica causa de levantamiento de la pena, pues opera cuando ya se ha perfeccionado todo el injusto de la tentativa –entendida ésta como injusto autónomo, y no como mera forma de aparición del delito–. Como explicábamos, aunque el desistimiento sea *formalmente* anterior a la consumación, *materialmente* se constituye como un hecho posterior al injusto de la tentativa, que no puede afectar ya ni al injusto ni a la culpabilidad de ésta⁸⁰.

Debemos añadir además que, de cualquier manera, defendiéndose esta teoría de nuevo se está dejando sin respuesta la cuestión primordial que aquí nos ocupa: ¿cuál es el fundamento del desistimiento de la tentativa? ¿Cuál es la razón última por la que se incorpora esta cláusula al cuerpo del Código Penal? Esta doctrina, al igual que ocurría con la teoría premial, es deudora de una mayor argumentación siempre que pretenda configurarse como el verdadero fundamento del desistimiento en la tentativa. Esta objeción es reconocida incluso por quienes, como Pozuelo Pérez, defienden la teoría unitaria como fundamento del desistimiento; como señala la autora “sin negar el punto de partida de esta postura, hay que insistir en que se trata más de una explicación sistemática que de fundamento”⁸¹.

⁷⁷ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 245.

⁷⁸ DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., pp. 79 – 80.

⁷⁹ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 243.

⁸⁰ FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 64 – 65; La Misma, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., p. 133; y MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., p. 149.

⁸¹ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 97 – 98.

e) Teoría de la antijuridicidad

Los defensores de la teoría de la menor antijuridicidad entienden que el desistimiento del sujeto implica un retorno a la legalidad y una reintegración del autor en el círculo de lo permitido por el Ordenamiento jurídico, lo que hace que ya en el nivel del injusto desaparezca la necesidad de sancionar. No se trata de que el desistimiento atenúe o anule retroactivamente la antijuridicidad, sino más bien que del comportamiento del sujeto valorado de forma unitaria ya se desprende la idea de *innecesariedad* de pena (Bloy; Streng)⁸². Como puede fácilmente colegirse, esta teoría acoge parte de los fundamentos que inspiraban a las teorías jurídicas; también tiene en consideración los ideales propios de la teoría unitaria, pues parte de la necesidad de valorar conjunta y unitariamente todo el comportamiento del sujeto.

Sin embargo, esta tesis tampoco resulta adecuada como fundamento del desistimiento. Y ello porque, como se dijo *supra*, no es posible valorar de forma unitaria el comportamiento del sujeto, de tal manera que tanto la tentativa como el posterior comportamiento (desistimiento) del sujeto formen parte de un mismo “todo”. Sin ánimo de reiterar lo ya expuesto, debe recordarse que la institución del desistimiento se configura, a nuestro juicio, como una causa de levantamiento de pena. Este comportamiento postdelictivo del sujeto no puede, por tanto, anular una antijuridicidad que ya ha nacido. Como señala De Vicente Remesal, “una vez fijado cualitativa y cuantitativamente el contenido del injusto, no caben modificaciones posteriores positivas ni negativas; lo sucedido una vez –en este caso el delito– no puede considerarse después como no sucedido: ningún comportamiento postdelictivo positivo puede destruir el carácter delictivo de la acción a través de una fuerza retroactiva”⁸³. En el mismo sentido apunta Pedreira González a quien puede leerse: “el carácter antijurídico de un hecho, que debe valorarse en el momento de su realización, no puede desvanecerse sin más [...] como si de una ‘causa de justificación sobrevenida’ se tratase”⁸⁴. Y es que el juicio que determina si una determinada conducta es ajustada o no a Derecho (antijuridicidad) viene referido al momento en que la misma se ejecuta; en el instante en el que el sujeto incumple la ley ejecutando los hechos que dan lugar al injusto de la tentativa (art. 16-1 CP.) la conducta es ya antijurídica, sin que el desistimiento como comportamiento postdelictivo positivo pueda modificar lo anterior, que ya ha quedado plenamente afirmado⁸⁵. Tampoco es posible que sobre la base de una valoración de conjunto del comportamiento del sujeto (teoría unitaria) se defienda que el desistimiento demuestra una desapari-

⁸² Vid. exposición del pensamiento de estos autores en: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 100 y ss.

⁸³ DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo*, Ed. Universidad de León, León, 1985, p. 233.

⁸⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 136.

⁸⁵ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit., pp. 242 – 243.

ción de la antijuridicidad y la consiguiente innecesariedad de sanción penal. Y ello porque, como decíamos, no es correcto afirmar que la tentativa y el desistimiento sean partes de un mismo todo; al contrario: el desistimiento opera una vez se ha perfeccionado por completo el injusto de la tentativa.

f) Teoría de la compensación o disminución de la culpabilidad

Otra de las tesis defendidas para explicar la figura del desistimiento de la tentativa pasa por entender que con la misma se produce una compensación o una disminución en la culpabilidad del sujeto. En esta teoría, pueden diferenciarse distintas *subteorías*:

Por un lado, algunos autores consideran que el desistimiento es una “conducta debida” consecuencia de haber dado comienzo a la ejecución del delito por medio de la tentativa, por lo que el comportamiento del sujeto desistiendo de tales actos vendría a compensar la culpabilidad de la tentativa (Herzberg)⁸⁶. El sujeto, por medio del desistimiento, pone las cosas en orden y evita un mal mayor, por lo que ya no puede seguir siendo objeto de conminación penal. En realidad en esta teoría subyace algo muy cercano a la idea de “reparación”: la tentativa origina un deber jurídico y el desistimiento supone el cumplimiento de ese deber. No se trata tanto de hacer desaparecer la culpabilidad sino más bien de compensarla o equilibrarla⁸⁷.

Por otro lado, partiendo de la idea de que la culpabilidad es un juicio de desvalor de conjunto sobre un objeto psíquico, algún sector ha entendido que cuando se produce un cambio en la voluntad del autor de la tentativa también acontece un cambio en el juicio sobre la voluntad de dicho sujeto, faltando con ello el requisito de la culpabilidad para proceder a imponer una pena⁸⁸.

Por último, también se alega que la culpabilidad es una categoría susceptible de graduación, por lo que el desistimiento vendría a disminuir su contenido⁸⁹. Relacionado con esta idea, De Vicente Remesal pone de manifiesto la existencia de ciertas corrientes doctrinales que, sobre todo en la literatura alemana, apuestan porque la ejecución de este tipo de comportamientos pueda incidir retroactivamente en la culpabilidad del sujeto⁹⁰. Según esta doctrina, sería posible que en fase de

⁸⁶ Vid. exposición del pensamiento de este autor en: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 102 y ss.

⁸⁷ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 102 y ss.

⁸⁸ Vid. por todos: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 104.

⁸⁹ Vid. por todos: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 104 – 105.

⁹⁰ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit., p. 249. Como advierte el citado autor, el contenido de estas teorías suele variar dependiendo del significado y alcance que se le otorgue a la categoría de “culpabilidad” en el seno de la estructura jurídica del delito. De esta forma se pueden extraer consecuencias bien diferentes si se maneja un principio de “culpabilidad por el hecho”, o por el contrario se parte de un principio de “culpabilidad por la conducción de vida” (que no es sino una modalidad de Derecho penal de autor, puesto que basa la culpabilidad en la forma de ser y el modo de vida del sujeto).

determinación de la pena se tuviesen en cuenta por el juez diversas modalidades de comportamiento del autor, posteriores a la consumación del delito, que tengan relación con el hecho y que sean susceptibles de entenderse como *indicios de culpabilidad*. Existirían así comportamientos postdelictivos que supondrían “un síntoma posterior de una mayor o menor culpabilidad en el momento de la comisión del delito”⁹¹. Para este grupo de autores la “teoría de la construcción indicia-ria” encuentra su punto de apoyo en consideraciones de tipo psicológico: la conducta postdelictiva del autor sólo podrá ser susceptible de modificar la culpabilidad cuando tal comportamiento aparezca bien delimitado, fundamentado psicológicamente, y sea contrastado con una “comprobación psicoanalítica” (esto es, cuando quede definitivamente fijado que la intención de enmendar el daño ya aparecía de una u otra manera en la mente del autor cuando ejecutó el injusto de la tentativa)⁹².

Sobre las diversas teorías que conciben a la culpabilidad como “culpabilidad por la conducta de vida” o “culpabilidad de autor”, así como sobre las consecuencias que ello puede tener en la concepción del comportamiento postdelictivo y su influencia en la categoría de la culpabilidad, vid. DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit., pp. 252 y ss. El autor, tomando postura al respecto, afirma que frente a estas teorías “hay que señalar que la culpabilidad hay que entenderla como culpabilidad en referencia al hecho aislado [...] en el sentido de que el objeto de relación debe ser solamente el hecho antijurídico concreto” (p. 256). No obstante, puede afirmarse que hoy en nuestro Derecho penal subyace una concepción del principio de culpabilidad que impide el castigo del sujeto por su personalidad o por su modo de vida, acogiendo un concepto de culpabilidad comprensivo del llamado “principio de responsabilidad por el hecho”. De este modo, como entiende MIR PUIG, S.: *Derecho penal parte general*, Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pp. 123 – 125, bajo el principio de culpabilidad del Derecho penal español existen diversos límites al *ius puniendi* y entre ellos, en un plano muy destacado, el principio de responsabilidad por el hecho, que impide castigar formas de ser o personalidades, ciñéndose al castigo de la conducta, de los hechos (p. 123). En el Manual de este autor puede leerse lo siguiente: “el principio de responsabilidad por el hecho, que exige un ‘Derecho penal del hecho’, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidad, y su exigencia de ‘tipicidad’ de los delitos: el ‘mandato de determinación’ de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el ‘Derecho penal de autor’ y la teoría de los ‘tipos de autor’ que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), el Derecho penal debía castigar al ‘homicida’, al ‘ladrón’, al ‘falsificador’, etc... (tipos de autor)”. Es por ello que en este trabajo tan sólo dejaremos expuestas las teorías que parten de este concepto de culpabilidad para defender la influencia del comportamiento postdelictivo en la misma.

⁹¹ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit., p. 277, recoge las palabras de BAUMANN quien reconoce la idea de que el comportamiento postdelictivo pueda influir y modificar la categoría de la culpabilidad, y la expresa señalando que quien obra reparando los daños ocasionados con su actuación delictiva “muestra por lo general a través de esa acción reparadora que la comisión del delito se produjo como resultado de un desliz instantáneo y no en virtud del interés de lesionar el bien jurídico de un tercero”. Como explica DE VICENTE REMESAL, “la devolución del bolso robado por haberse despertado en el autor después de observar el contenido un sentimiento de compasión por la víctima, o la confesión del delito motivada por el mismo sentimiento frente al sospechoso detenido erróneamente, son circunstancias que, según esta teoría, mostrarían que la resolución de cometer el delito no había sido desde un principio tan intensa en el autor, es decir, que estos actos posteriores permitirían determinar que la culpabilidad [...] concurrente en el momento del hecho no fue tan grave como sería sin la concurrencia de dichas manifestaciones de comportamiento postdelictivo positivo” (p. 289).

⁹² Sin embargo, parece tener razón DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit. pp. 284 – 185, cuando objeta que “es muy difícil llegar a descubrir [...] la relación existente entre la personalidad del sujeto manifestada a través de su comportamiento postdelictivo positivo y su actitud interna frente al hecho en el momento de su comisión”. Pedir al juez que en fase de determinación de la pena conozca el aspecto interno del sujeto tanto en el momento de cometer el hecho como en instantes posteriores a la

Según estas teorías, los comportamientos del sujeto posteriores al momento de consumación delictiva “adquieren significado en la determinación de la pena en la medida en que tengan un efecto ‘indiciario’ sobre la culpabilidad existente en el momento de la realización del delito, en el sentido de una ‘menor culpabilidad’”⁹³.

Según nuestro parecer, la teoría de la menor culpabilidad tampoco puede explicar correctamente la razón de ser del instituto del desistimiento. Como explica Muñoz Conde “la culpabilidad se refiere al momento de la realización de los actos ejecutivos, pero no a una conducta posterior a ellos, que sólo serviría, como indicio de una menor peligrosidad del sujeto que desiste, para justificar una atenuación en el marco de la determinación legal de la pena”⁹⁴. Si esto es así, y a nuestro juicio es indudable que así es, podemos decir que el comportamiento del sujeto, desistiendo una vez consumado el injusto de la tentativa, impide modificar, compensar, disminuir o eliminar la culpabilidad del mismo (o mejor, su *responsabilidad*), pues ésta ya ha nacido en el momento de llevarse a cabo la tentativa.

g) Teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal

Imbricada a las teorías jurídicas subjetivas expuestas al inicio de este epígrafe, se encuentra la teoría de la *menor intensidad de la voluntad criminal*⁹⁵. Según ésta, en supuestos de desistimiento se demostraría en el sujeto una “voluntad criminal menos intensa”, lo que explicaría la impunidad en estos casos⁹⁶.

Esta tesis parte de que el fundamento de la punibilidad de la tentativa radica, desde una visión eminentemente subjetiva, en la voluntad criminal manifestada por el sujeto, en una “rebelión” de éste contra el Ordenamiento Jurídico. Siendo esto

consumación implicaría que éste poseyera unos conocimientos y una formación criminológica que hoy por hoy no tiene. Las teorías expuestas, como se ha señalado, parten de que la conducta posterior del sujeto debe estar bien fundamentada psicológicamente, contrastada psicoanalíticamente, para poder incidir en el contenido de la culpabilidad; si ello es así, entonces estas teorías sólo podrían ser susceptibles de llevarse a la práctica cuando la expresión “indicio” sea entendida como “sospecha irrefutable y concluyente” (lo cual haría prácticamente imposible poner en marcha las mismas).

⁹³ Sobre el contenido de estas teorías y las opiniones doctrinales al respecto, cfr. la abundante información recogida por: DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit., pp. 275 y ss.

⁹⁴ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 34 – 35.

⁹⁵ Como apuntamos en un apartado anterior de este trabajo, las iniciales *teorías jurídicas subjetivas* se apoyaban en una ausencia o desaparición de la intención o voluntad delictiva que impedía afirmar la propia tentativa (basada ésta en una fundamentación también de tipo subjetivo), vid. *supra*. Este es el punto de apoyo de la teoría de la *menor intensidad de la voluntad criminal* que ahora va a ser expuesta, que no es sino una profundización en las bases de aquéllas otras. Optamos aquí por disociar el estudio de ambas, a pesar de su estrecha conexión, a efectos de una mayor claridad expositiva (opción asumida antes que nosotros por, entre otros: MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 14 y 32; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., pp. 45 y 51; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa... cit.*, pp. 157 y 183).

⁹⁶ Vid. explicación de esta teoría en: MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 32 – 33; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., pp. 51 – 52; PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa... cit.*, pp. 183 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., p. 146; y DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., pp. 43 y ss.

así, como explica Muñoz Conde, “[si] esta voluntad se atenúa en el transcurso del hecho, como se manifiesta en el desistimiento voluntario, entonces aparecen hecho y autor en una luz más tenue”, lo que denotaría una voluntad criminal disminuida⁹⁷. Como expresa Núñez Paz, “se considera que si el autor se aparta voluntariamente de la consumación del delito revela que la voluntad no era suficientemente fuerte”, de lo que se deriva que no habrá de imponerse sanción penal⁹⁸. Esta teoría se encuentra en estrecha conexión con las tesis sobre compensación y disminución de la culpabilidad analizadas en el apartado anterior (pues, según entiende este sector, esa conducta meritoria que supone el desistimiento compensaría el “reproche de la culpabilidad”⁹⁹). En relación con la antigua institución del arrepentimiento como causa de atenuación, Antón Oneca consideró también que suponía una “circunstancia de menor culpabilidad, en cuanto demuestra una voluntad criminal menos intensa”¹⁰⁰. Sin embargo, tampoco podemos dar por válida esta teoría con objeto de fundamentar el desistimiento en la tentativa:

En primer lugar, si se entiende que el sujeto que desiste demuestra que en el momento de ejecutar los actos que determinan la tentativa tenía una *voluntad criminal menos intensa*, o una *disminuida voluntad de delinquir*, entonces sencillamente no podrá hablarse de tentativa, pues al ser ésta un delito (ya dijimos: injusto autónomo) exclusivamente punible en su modalidad dolosa (*ex art. 16-1 CP.*), y al exigir el dolo siempre la voluntad de realizar el tipo, la ausencia de este elemento es indicativa de la inexistencia de tipo penal. Y si no existe ejecución delictiva (tentativa) ya no hay nada de lo que desistir. En palabras de Muñoz Conde, “si *ab initio* falta la suficiente intensidad en la voluntad de llegar a la consumación del delito, no existe tentativa por ausencia del tipo subjetivo de ésta que exige por lo menos el dolo eventual, en tanto sea suficiente para llegar a la consumación”¹⁰¹.

Y en segundo lugar, si con estas teorías se quiere decir que la voluntad criminal menos intensa se *deriva* del propio hecho de desistir, tenemos que objetar dos cosas: primero, que como ya hemos expuesto a lo largo del presente trabajo, el desistimiento se produce una vez ya se ha consumado el injusto de la tentativa, por lo que no parece posible que con este comportamiento se venga a demostrar *a posteriori* el carácter disminuido de una voluntad que ya ha quedado fijada en el pasado; y segundo, que no en todo caso el comportamiento de quien desiste permite afirmar la existencia de una voluntad criminal menos intensa, pues el desistimiento,

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 33.

⁹⁸ NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., pp. 134 – 135.

⁹⁹ Vid.: MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 33.

¹⁰⁰ ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Ed. Akal, 2ª edición (anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. J., Beneytez Merino, L.), Madrid, 1986, p. 379.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 35. En idéntico sentido: NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 135; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., pp. 146 – 147; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa... cit.*, p. 187.

“no se debe la más de las veces a una pérdida de intensidad de la voluntad criminal, sino a las circunstancias, externas o internas, más diversas”¹⁰².

En cualquier caso, tanto si la voluntad criminal menos intensa se entiende existente desde el inicio, como si se concibe que dicha voluntad se pone de manifiesto con la ejecución de un comportamiento postdelictivo, con el mantenimiento de estas tesis se puede llegar a afirmar la existencia de una especie de Derecho penal de autor “en el que lo decisivo no sería el hecho cometido, sino la personalidad del autor, su menor culpabilidad o peligrosidad, que se descubre con ese hecho”¹⁰³. Y tal consecuencia no parece predicable en un sistema que, como el español, responde al principio de culpabilidad por el hecho¹⁰⁴. Como advierte Pozuelo Pérez, con la amplia concepción que de la culpabilidad tiene la doctrina expuesta, “el juicio de responsabilidad por *un* hecho no podría afirmarse hasta el momento en el cual se produjera *otro* hecho: la negación del daño”. Y tal planteamiento, en opinión de la autora, vendría a lesionar el principio de seguridad jurídica¹⁰⁵. En suma, compartiendo en este punto por completo las palabras de Pozuelo Pérez, “el comportamiento postdelictivo y su posibilidad de atenuación de la pena es independiente de la intensidad de la voluntad criminal del autor en el momento del hecho [...], que constituye un acontecimiento del pasado, ya inalterable”¹⁰⁶.

h) Teoría del interés de la víctima

Según esta tesis el desistimiento voluntario queda vinculado a la relación autor / víctima, por lo que el comportamiento del autor, desistiendo del hecho intentado, supone una especie de “conciliación de intereses”¹⁰⁷.

Cuando el Estado actúa en aras a salvaguardar bienes jurídicos lo que realmente busca es la protección de las víctimas potenciales, por lo que el objeto de protección lo sería la integridad de éstas. Según esta teoría con la tentativa se ha puesto en peligro esa integridad, pero en la medida en que aún no se ha lesionado de forma

¹⁰² MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 35. También mantienen esta opinión: NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 135; y PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 187.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 35.

¹⁰⁴ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit., pp. 277 y 288, recogiendo el pensamiento de KAUFMANN, advierte de la difícil compatibilidad del principio de culpabilidad por el hecho y estas teorías. Así, “si con la inclusión del comportamiento postdelictivo quiere justificarse que en la determinación de la pena se trata de una valoración social general de la personalidad del sujeto –en la cual podrían incluirse también circunstancias posteriores referidas al autor– no debería decirse entonces que la pena se determina por la culpabilidad”.

¹⁰⁵ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 344 – 345.

¹⁰⁶ *Ibidem.*, pp. 345 – 346.

¹⁰⁷ Sobre esta idea en el Derecho penal alemán, cfr. ampliamente: MAIWALD, M.: “Reparación y determinación de las consecuencias jurídico – penales en el sistema penal alemán”, en Asua Batarrita, A., Garro Carrera, E. (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 55 y ss. Cfr. tb.: DOMÍNGUEZ CORREA, *El desistimiento de la tentativa*, cit., pp. 60 y ss.

efectiva, el autor puede optar por desistir voluntariamente, lo que es valorado positivamente por el Estado, desde la óptica de los intereses victimológicos, ofreciendo la oportunidad de quedar impune por desistimiento (Mayer)¹⁰⁸. También sobre la base de estos argumentos, se predica por otros autores que lo verdaderamente relevante es el papel de la víctima, dependiendo la imposición de pena de que ésta sea necesaria o no para protegerla. De este modo cuando se lleva a cabo un desistimiento voluntario se hace ya innecesaria la imposición de sanción penal, pues desde el punto de vista de la víctima ya no sería necesaria una pena para su protección (Weinhold)¹⁰⁹.

A nuestro modo de ver, no es desacertado indagar una fundamentación de la cláusula de desistimiento por medio de la equiparación con la institución de la reparación a la víctima, si bien hay que matizar que en el caso del desistimiento no se trata (como en la reparación) de enmendar el daño causado, sino más bien de proteger a la víctima *potencial o futura*, toda vez que el bien jurídico, aún habiendo sido puesto en riesgo, no ha sido aún efectivamente lesionado cuando hablamos de tentativa.

Por su parte, Pozuelo Pérez entiende que esta teoría corre el riesgo de no resultar aplicable a todos los delitos previstos en el Código Penal, pues en muchos de ellos no se haría posible la existencia de una víctima individualizada o definida en el sentido en que apuntan los postulados de estas tesis. En opinión de esta autora, con la teoría del interés de la víctima se exigiría “una relación, casi con tintes personales, entre el autor y la víctima de la tentativa, relación que en definitiva parece ser la que mueve al autor a desistir, o que, al menos, ha de ser objeto prioritario de la conducta de desistimiento”¹¹⁰. En relación a esto último, sin embargo, debemos oponer algunas ideas:

Tradicionalmente la víctima ha sido concebida como una de las partes de la pareja criminal, constituida por el binomio delincuente / víctima. De ahí que el pensamiento clásico entienda que no hay más víctima que la persona humana, física¹¹¹. Así por ejemplo Borja Jiménez entiende que “víctima será exclusivamente la persona física que es aquella que tiene capacidad de sufrimiento”¹¹². No obstante, como señala García-Pablos de Molina, tal concepción tradicional no puede ser la que actualmente se maneje, pues parece indiscutible que también en determinados casos las organizaciones, la sociedad, el Estado e incluso la comunidad internacio-

¹⁰⁸ Vid. exposición del pensamiento de este autor en: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 107 – 108.

¹⁰⁹ Vid. exposición del pensamiento de este autor en: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 108 – 109.

¹¹⁰ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 110.

¹¹¹ GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición actualizada, corregida y aumentada, Valencia, 2009, pp. 122 – 123.

¹¹² BORJA JIMÉNEZ, E.: *Las circunstancias atenuantes en el Ordenamiento jurídico español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 179.

nal pueden ser considerados “víctimas” de delitos. El hecho de que ciertos tipos penales lesionen o pongan en peligro determinados bienes jurídicos cuyo titular no es una persona física no significa que sean “delitos sin víctima”. Lo que significa es, más bien, que “en estos campos de la criminalidad [...] la acepción tradicional de ‘víctima’, muy restrictiva, carece de operatividad, dado el proceso de ‘despersonalización’, ‘anonimato’ y ‘colectivización’ de la víctima que se ha producido en los mismos”¹¹³. Pero ello, como se ha dejado dicho, no es lo mismo que afirmar que este tipo de delitos sean delitos desprovistos de víctima. E incluso en esta tipología de delitos, como añade este autor, “el carácter anónimo o colectivo de la víctima explica que las organizaciones y personas jurídicas [...] sean, con más frecuencia que las personas físicas, víctimas de determinados delitos. La despersonalización de aquéllas es un mecanismo de neutralización o justificación del infractor, un aliciente para la comisión del delito o un pretexto tranquilizador”¹¹⁴. En consecuencia, a pesar de su compleja identificación, debemos afirmar que muchos delitos que atacan a bienes jurídicos colectivos o supraindividuales seguirán teniendo “víctima”, por mucho que ésta sea despersonalizada o colectiva. En suma, la teoría del interés de la víctima como posible fundamento del desistimiento en la tentativa no nos parece desacertada, siempre que a la misma se le acompañen de ulteriores explicaciones que delimiten, materialmente, el contenido que permite valorar positivamente este comportamiento postdelictivo.

i) Teoría de los fines de la pena: la falta de necesidad de pena

Finalmente, la teoría de los fines de la pena (*Strafzwecktheorie*) mantiene que el fundamento del desistimiento en el delito intentado se identifica con la falta de necesidad de sanción penal cuando no existen razones de prevención general y especial que la justifiquen. De este modo se entiende que si lo que justifica el recurso a la pena es la necesidad de que ésta sea impuesta, con objeto de “mantener la delincuencia dentro de un límite soportable para la convivencia”, debe acudir a la impunidad cuando nos encontremos ante un supuesto en el que pueda predicarse la falta de necesidad de pena. Esto es lo que, a juicio de este sector doctrinal, ocurriría en el desistimiento de la tentativa¹¹⁵.

Uno de los primeros autores en formular esta teoría en nuestro país fue Muñoz Conde, quien en su monografía sobre el desistimiento afirmó que “ni la prevención general ni la especial aconsejan aquí la pena”, por lo que, a juicio de este autor, el desistimiento “no es [...] una conducta merecedora de pena”¹¹⁶.

Desde el punto de vista de la *prevención general*, la pena solo resulta necesaria

¹¹³ GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, cit., p. 123.

¹¹⁴ *Ibidem.*, p. 125.

¹¹⁵ Cfr.: MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 37 – 38.

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., p. 38.

cuando se ve resentida la vigencia del Ordenamiento Jurídico y la conducta del sujeto constituye “un mal ejemplo” para la comunidad. Siendo esto así, se entiende que quien desiste elimina esa mala impresión social, por lo que la pena “se convierte en algo superfluo que ya no está justificado”. Desde el punto de vista de la *prevención especial* tampoco se hace necesaria la imposición de una pena toda vez que “el fin cautelar y correctivo de la pena carece ya de objeto”, pues el sujeto que desiste demuestra que ya no puede ser considerado delincuente, habiendo retornado por él mismo (y voluntariamente) al círculo de la legalidad¹¹⁷.

Como explica Pozuelo Pérez, esta teoría se puede traducir en los siguientes postulados: primero, en referencia a la *prevención general positiva*, se entiende que el desistimiento viene a reponer la confianza en el Ordenamiento Jurídico, que había sido menoscabada con anterioridad. Segundo, por lo que se refiere a la *prevención general negativa*, la pena se hace innecesaria por carecer de utilidad cualquier efecto intimidatorio de la misma. Y tercero, respecto de la *prevención especial*, la teoría de los fines de la pena considera que con el desistimiento se demuestra que el sujeto ya no es peligroso y por tanto no está necesitado de resocialización¹¹⁸.

También Roxin ha aceptado como punto de partida la teoría de los fines de la pena como la tesis más acertada a la hora de explicar el fundamento de la impunidad por desistimiento en la tentativa. A juicio de este autor, además, esta teoría presenta una clara ventaja: “la fuerza de convicción de la teoría del fin de la pena descansa sobre el hecho de que explica con soltura y de forma convincente la diversidad de las regulaciones legales”¹¹⁹.

Más actualmente Gili Pascual parece posicionarse en esta línea de pensamiento al señalar que con el desistimiento “no se vienen a anular retrospectivamente los *presupuestos* de la responsabilidad por tentativa, que obviamente subsisten, sino a introducir otro tipo de valoraciones de carácter dinámico [...]. El desistimiento no elimina el peligro que existió, presupuesto de la pena, sino que hace desaparecer la necesidad (fundamento) de su imposición”, lo que conduce a este autor a concluir que el fundamento del desistimiento estriba en la innecesariedad de castigo, “haciéndose descansar la razón de la impunidad en los fines de la pena”¹²⁰.

¹¹⁷ MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, cit., pp. 39 – 40. En idéntico sentido: NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., p. 136.

¹¹⁸ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 69. Para mayor abundamiento en esta teoría y su tratamiento doctrinal, cfr.: Misma Autora, pp. 70 y ss. En los mismos términos: FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., p. 146; y La Misma, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 112.

¹¹⁹ ROXIN, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*, cit., http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html.

¹²⁰ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, cit., pp. 43 – 44. Por su parte, también parece seguir esta teoría GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., pp. 159 y ss., si bien basando su argumentación en la ausencia de razón de razones de *prevención general* que justifiquen el recurso a la pena (no de *prevención especial*, pues el autor considera que en esta vertiente las razones de pena subsisten, toda vez que “respecto del sujeto que, renunciando a la ejecución concreta o reservándose un

Sin embargo, tampoco este fundamento se encuentra exento de críticas. Desde posiciones contrarias se aduce que con esta teoría se corre el peligro de acabar exigiendo al sujeto que desiste la demostración de que la motivación de su conducta fue la adhesión interna al Derecho, lo que no puede exigirse como proceso de conversión –pues como advierte Pozuelo Pérez, entonces se sobrepasarían de forma ilegítima las funciones del Derecho penal¹²¹. Por otro lado, se dice, este fundamento generaría ciertas dudas a la hora de explicar el desistimiento en determinados delitos previstos en la parte especial del Código –por ejemplo, la impunidad por delito de robo por parte de un sujeto que en realidad desiste para robar a otro sujeto con aspecto más adinerado¹²². En suma, según este sector, en determinadas ocasiones no sería posible afirmar la innecesariedad de pena en atención a los fines preventivos de la misma, haciéndose necesario el recurso a otras justificaciones¹²³.

ataque de otra índole al bien jurídico, piensa volver a menoscabarlo, no se puede afirmar que no haya necesidades preventivo – especiales”; vid. Mismo Autor, p. 152).

¹²¹ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 93 – 94.

¹²² POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 94. En semejante sentido parece posicionarse GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., p. 152, al afirmar que en determinados delitos, como los sexuales o los ejecutados por convicción, el desistimiento sólo podrá acompañarse de ausencia de razones de prevención – especial “cuando el desorden sexual hubiera desaparecido o se hubiera renunciado a la convicción”. En los demás supuestos “siempre habría que temer fundadamente que el sujeto volverá a realizar hechos delictivos similares”.

¹²³ En el capítulo de críticas a esta teoría, debe recogerse la opinión mantenida por MARTÍNEZ ESCAMILLA, quien considera que la posibilidad de que con el desistimiento de la tentativa se declare también la impunidad ante supuestos en los que la pena, sin embargo, sigue cumpliendo su función preventiva, es un dato a su juicio relevante para afirmar la incorrección de esta teoría. En opinión de esta autora, “pudiera ocurrir que el castigo en el caso concreto desempeñara una función preventivo – general o su ejecución la resocialización del penado y que, sin embargo, por consideraciones de otro tipo que no tienen por qué derivarse directamente de la función preventiva de la pena, el Estado renuncie al ejercicio del *ius puniendi*” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 57. En parecido sentido: NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, cit., pp. 136 y ss. Recoge también esta crítica: PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 197). Esta opinión se sustenta de manera diferenciada, según hablemos de *prevención especial* o de *prevención general*. Respecto de la *prevención especial*, la autora pone el ejemplo de un médico que desiste de practicar el aborto a una mujer embarazada, fuera de los casos permitidos por la ley, al apreciar el avanzado estado de gestación de la misma. En este caso podría afirmarse que el desistimiento ni prueba ni es indicativo de un propósito fiel del sujeto de retornar a la legalidad, pues a pesar de su desistimiento en el caso concreto “no hay ninguna razón para pensar que no vaya a seguir practicando interrupciones ilegales del embarazo en el futuro, cuando la vida de las embarazadas no corra grave peligro” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., pp. 58 – 59). Por lo que se refiere a la *prevención general*, la autora pone el ejemplo siguiente: “A suministra a B una dosis mortal de veneno. En el momento en que B lo ingiere cae un rayo que asusta a B, el cual se arrepiente por interpretar el acontecimiento como un aviso divino, pidiendo rápidamente una ambulancia. Dado lo eficaz del veneno suministrado ha de considerarse una verdadera casualidad la salvación de B, producto sólo de la rápida y eficiente intervención del médico, sino también de la suerte”. En este caso, hay que afirmar la impunidad de A, pues ha llevado a cabo un desistimiento voluntario y eficaz, evitándose la consumación delictiva. Al Código Penal le es indiferente las razones que motivaron esa actuación. Y sin embargo, a juicio de MARTÍNEZ ESCAMILLA no es posible afirmar que, desde el punto de vista de la prevención general, la sanción penal devenga inútil o innecesaria. Y ello porque no se podría afirmar tajantemente que en el supuesto expuesto no se haya vulnerado la confianza de la sociedad en la vigencia de las normas. En este sentido se pregunta la autora: “¿realmente el sentimiento jurídico de la comunidad es tan fariseo que sólo se altera cuando se produce la lesión efectiva del bien jurídico, quedando incólume cuando dicho bien ha sido puesto gravemente en peligro y fundamentalmente la suerte ha impedido su pérdida definitiva?”

A nuestro juicio, no obstante, estas no son razones suficientes para desechar esta teoría como fundamentación del desistimiento en la tentativa:

Debemos partir de la idea de que la premisa “cuando la pena no sea necesaria no debe imponerse” es correcta: lo que justifica la imposición de sanción penal es la necesidad de pena para la salvaguarda y protección de bienes jurídicos, primordialmente a través de su prevención, por lo que la pena solo podrá quedar fundamentada cuando realmente sea *necesaria* para proteger al individuo y a la sociedad. Con el desistimiento de la tentativa se compensa la situación lesiva derivada de la inicial conducta delictiva, generándose un buen ejemplo mediante el retorno voluntario del sujeto al seno del Ordenamiento Jurídico, por lo que la tentativa no persiste ya como forma de *comportamiento intolerable*. Tampoco el mantenimiento de un orden jurídico aconseja la imposición de pena cuando el sujeto desiste, pues con tal comportamiento es el propio autor quien se encarga de mantener tal orden, al regresar voluntariamente al círculo permitido por el Ordenamiento¹²⁴. Por estas razones, parece que debemos dar por válida la teoría de los fines de la pena como fundamento de la cláusula de desistimiento.

j) A modo de conclusión: una postura ecléctica desde el prisma de los fines de la pena

Como se ha podido comprobar, nos decantamos por una fundamentación desde la óptica de los fines de la pena como tesis más sólida a la hora de explicar el por qué del establecimiento de la institución del desistimiento de la tentativa en nuestro Derecho penal. Es cierto que en algunos casos concretos, como hemos señalado anteriormente, pudiera llegar a difuminarse tal exégesis. Pero seguramente las razones expuestas en estas breves líneas combinadas con otros fundamentos en una especie de *fundamentación mixta o plural*, puede aproximarse fielmente al objetivo de conocer con exactitud cuál es el fundamento de esta norma. Y ello porque, como explica Faraldo Cabana “situar la respuesta a la cuestión del fundamento de la impunidad por el desistimiento primordialmente en la teoría de los fines de la pena no implica [...] rechazar la presencia de otras razones que pueden contribuir también a explicar dicho fundamento, en el sentido de la combinación de ideas a la que se alude modernamente por parte de un amplio sector doctrinal”¹²⁵.

A nuestro juicio, coincidiendo con esta autora, el recurso a la combinación de la

(MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., pp. 59 – 61). En síntesis, pudiera resultar criticable el empleo de estas teorías como verdadero fundamento del desistimiento, pues a pesar de que sea cierto que para imponer una pena deba afirmarse antes su utilidad, según entiende la autora “no siempre que el castigo pudiera resultar eficaz debe ser necesariamente impuesto” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., p. 62).

¹²⁴ PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa... cit.*, p. 198.

¹²⁵ FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos... cit.*, p. 147; y La Misma, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 112 – 114. En referencia al desistimiento en la tentativa, mantiene esta opinión v. gr.: PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa... cit.*, p. 204.

teoría de los fines de la pena con otros expuestos por la doctrina, como el (ya estudiado) interés político–criminal en reparar el daño a la víctima, e incluso los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del Derecho penal, puede contribuir a subsanar los posibles defectos que se producirían de entender dicha teoría como fundamento único de la cláusula¹²⁶. En definitiva: no existe un fundamento único o definitivo que por sí sólo, de forma individual, pueda explicar *por completo* el fundamento de esta institución¹²⁷, pero lo que resulta claro, a nuestro juicio, es que dicho fundamento debe partir en todo caso de una explicación desde la impunidad por falta de necesidad de sancionar derivada de la ausencia o disminución de razones de prevención general y prevención especial, que contribuye de manera determinante a explicar la razón de ser de la cláusula de desistimiento en la tentativa.

Tras la exposición que se ha realizado podemos concluir afirmando que el fundamento del desistimiento en la tentativa no se identifica en una única razón, sino que reside en un binomio de ideas diferenciadas, o en una especie de *argumento dual* fundamentador:

Por un lado, en la idea de “reparación” (derivada de la teoría del “interés de la víctima” que expusimos), toda vez que con este comportamiento postdelictivo el sujeto viene a solventar o compensar la ejecución del delito que ya perpetró, mediante el *actus contrarius* que es el desistimiento del hecho.

Por otro lado, como insistimos, el fundamento del art. 16-2 CP. resulta explicable también desde la idea de disminución de necesidad de pena, toda vez que con este comportamiento postdelictivo se da cumplimiento en gran medida a los fines de prevención general y especial perseguidos con la pena, en los términos ya explicados. Con la institución del desistimiento se produce una importante disminución de la necesidad de imponer pena: ésta es ya innecesaria en aras a alcanzar los fines preventivos que se le asignan, pues los mismos ya se habrían logrado por medio del comportamiento postdelictivo que supone ese desistimiento. Si bien, como ya adelantábamos *supra*, en ocasiones puede hacerse complicado –dependiendo del caso concreto– afirmar una *total desaparición* de la necesidad de imponer sanción penal, ello nos conduce a afirmar que este fundamento debe apoyarse en un conjunto de principios tales como la mínima intervención, la subsidiariedad del Derecho penal, o la *ultima ratio*, con objeto de fortalecerse.

¹²⁶ Así por ejemplo MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, cit., pp. 64 y ss., concibe que el fundamento del desistimiento descansa en razones de equidad combinado por razones de *ultima ratio* del Derecho penal, lo que aconseja finalmente la impunidad de quien actúa de esta forma. Por su parte, otros autores consideran que la combinación de la teoría de los fines de la pena con los principios de intervención mínima penal y *ultima ratio* constituye la solución más acertada a la hora de explicar el fundamento del desistimiento de la tentativa y de las causas de levantamiento de la pena; en este sentido: v. gr.: PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 205; y FARALDO CABANA, *El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos postdelictivos positivos...* cit., p. 147.

¹²⁷ En este sentido: PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa...* cit., p. 204.